

1. • Introducción

El Estado peruano suscribió el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional el 7 de diciembre de 2000 y, sin debate constitucional previo, manifestó su intención de hacerse parte del Estatuto el 13 de septiembre de 2001, mediante la resolución legislativa n.º 27 517¹ que depositó en las Naciones Unidas el 10 de noviembre del mismo año. Conforme al procedimiento previsto en el artículo 56 de la Constitución, el Estatuto fue ratificado por el presidente de la República mediante el decreto supremo n.º 079-2001-RE de 9 de octubre del 2001.

Han pasado más de tres años y no se ha culminado el proceso de implementación. De *lege lata*, el nuevo Código Procesal Penal aprobado mediante el decreto legislativo n.º 957, publicado el 29 de julio de 2004 y cuya vigencia progresiva en el territorio de la república se iniciará el 1 de febrero de 2006, incorpora reglas especiales de cooperación con la Corte Penal Internacional.

En el plano del derecho penal sustantivo los avances se limitan a la aprobación del primer proyecto de adecuación de las reglas y delitos del Código Penal al Estatuto de Roma, a cargo de la llamada Comisión Especial Revisora del Código Penal, creada mediante la ley n.º 27 837 de 4 de octubre de 2002, a la que compete la “adecuación

¹ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 16 de septiembre de 2001.

de los delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, Comisión cuyos trabajos se iniciaron en marzo de 2003.

De otro lado, el anunciado compromiso del Ministerio de Justicia de octubre de 2001, de desarrollar un proyecto de ley de implementación, carece de resultados visibles o conocidos. Por el contrario, la sucesión de ministros en ese sector, atendiendo principalmente problemas de la coyuntura política, ha terminado por diluir esta iniciativa.

2. Obstáculos a la ratificación o implementación

2.1. Las soluciones en el plano constitucional

Como se adelantó, la ratificación del Estatuto de Roma no estuvo condicionada a la reforma de la Constitución de 1993. Por el contrario, los diversos informes elaborados en el ámbito de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia y de las comisiones correspondientes del Congreso de la República pusieron de relieve la plena compatibilidad de la Carta Magna con el Estatuto.

Los proyectos de reforma constitucional de abril y agosto de 2002 tampoco se oponen a las normas del Estatuto de Roma y plantean más bien un conjunto de reglas compatibles con el moderno derecho penal internacional, entre ellas la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad o la ineficacia de toda norma que persiga la amnistía, el indulto o el derecho de gracia frente a estos ilícitos. Estas iniciativas han merecido diferentes valoraciones, entre las cuales se defiende que no es competencia del texto constitucional establecer estas reglas de evidente y específico alcance penal, debiendo más bien derivarse tales decisiones al legislador ordinario. En ese contexto, las posibles reformas constitucionales sólo podrían ratificar la vigencia de las reglas del Estatuto.

El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del proceso de ratificación. Sin embargo, ha analizado la problemática de la cadena perpetua, pena que permite el artículo 77.1.b del Estatuto, en la sentencia de 3 de enero de 2003 sobre la inconstitucionalidad de los leyes contra el terrorismo, expe-

diente 0010-2002-AI/TC, donde el Tribunal consideró que la cadena perpetua es inconstitucional cuando no existen mecanismos legales que permitan al condenado recuperar su libertad, esto es, su reincisión social, como ordena el artículo 139.22 de la Constitución.

En esa línea de ideas, conforme al modelo de la revisión de la pena de reclusión a perpetuidad previsto en el artículo 110.3 del Estatuto, la sentencia del Tribunal exhortó al Congreso de la República a incorporar los mecanismos legales para que la cadena perpetua no sea una pena intemporal. Tal requerimiento no fue asumido por el Parlamento; mediante la ley n.º 27 913 el Congreso otorgó al Poder Ejecutivo facultades legislativas para adecuar la legislación nacional a la citada sentencia del Tribunal Constitucional, en cuyo marco se aprobó el decreto legislativo n.º 921 de 18 de enero de 2003 que regula el actual régimen de la cadena perpetua en el Perú.

La sentencia del Tribunal Constitucional establece lo siguiente:

XI. LA CADENA PERPETUA Y LA REINCORPORACIÓN DEL PENADO A LA SOCIEDAD

121. Los demandantes cuestionan la validez constitucional de la aplicación de la pena de cadena perpetua, por considerarla incompatible con el numeral 2) del artículo 5.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139.º, inciso 2), de la Constitución.

122. Al margen de la ardua polémica sobre el tema de los fines de la pena, es claro que nuestro ordenamiento ha constitucionalizado la denominada teoría de la función de prevención especial positiva, al consagrar el principio según el cual, el “régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad”, en armonía con el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”.

123. Se trata, naturalmente, de un principio constitucional-penitenciario, que no por su condición de tal, carece de eficacia. Comporta, por el contrario, un mandato de actuación dirigido a todos los poderes públicos comprometidos con la ejecución de la pena y, singularmente, al legislador, ya sea al momento de regular las condiciones cómo se ejecutarán las penas o, por lo que ahora importa rescatar, al establecer el *cuántum* de ellas y que los jueces pueden aplicar para sancionar la comisión de determinados delitos.

Desde esa perspectiva, el inciso 22) del artículo 139.º de la Constitución constituye un límite al legislador, que incide en su libertad para configurar el *cuántum*

de la pena: en efecto, cualquiera sea la regulación de ese *cúantum* o las condiciones en la que ésta se ha de cumplir, ella debe necesariamente configurarse en armonía con las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” del penado a la sociedad.

124. La única excepción a tal límite constitucional es la que se deriva del artículo 140º de la propia Constitución, según la cual el legislador, frente a determinados delitos, puede prever la posibilidad de aplicar la pena de muerte. Sin embargo, como se deduce de la misma Norma Fundamental, tal regulación ha de encontrarse condicionada a su conformidad con los tratados en los que el Estado peruano sea parte y sobre, cuyos concretos alcances de aplicación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Opinión Consultiva N.º 14/94, del 9 de diciembre de 1994.

125. A juicio del Tribunal, de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen penitenciario se deriva la obligación del legislador de prever una fecha de culminación de la pena, de manera tal que permita que el penado pueda reincorporarse a la vida comunitaria. Si bien el legislador cuenta con una amplia libertad para configurar los alcances de la pena, sin embargo, tal libertad tiene un límite de orden temporal, directamente relacionado con la exigencia constitucional de que el penado se reincorpore a la sociedad.

126. La denominada “cadena perpetua”, en su regulación legal actual, es intemporal; es decir, no está sujeta a límites en el tiempo, pues si tiene un comienzo, sin embargo carece de un final y, en esa medida, niega la posibilidad de que el penado en algún momento pueda reincorporarse a la sociedad.

a) La cadena perpetua y los principios de dignidad y libertad

127. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, el establecimiento de la pena de cadena perpetua no sólo resiente al principio constitucional previsto en el inciso 22) del artículo 139.º de la Constitución. También es contraria a los principios de dignidad de la persona y de libertad.

128. En primer lugar, es contraria al principio de libertad, ya que si bien la imposición de una pena determinada constituye una medida que restringe la libertad personal del condenado, es claro que, en ningún caso, la restricción de los derechos fundamentales puede culminar con la anulación de esa libertad, pues no solamente el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, sino, además, constituye uno de los principios sobre los cuales se levanta el Estado Constitucional de Derecho, con independencia del bien jurídico que se haya podido infringir. Por ello, tratándose de la limitación de la libertad individual como consecuencia de la imposición de una sentencia condenatoria, el Tribunal Constitucional considera que ésta no puede ser intemporal sino que debe contener límites temporales.

129. En segundo lugar, este Colegiado considera que detrás de las exigencias de “reeducación”, “rehabilitación” y “reincorporación” como fines del régimen

penitenciario, también se encuentra necesariamente una concreción del principio de dignidad de la persona (artículo 1º de la Constitución) y, por tanto, éste constituye un límite para el legislador penal.

Dicho principio, en su versión negativa, impide que los seres humanos puedan ser tratados como cosas o instrumentos, sea cual fuere el fin que se persiga alcanzar con la imposición de determinadas medidas, pues cada uno, incluso los delincuentes, debe considerarse como un fin en sí mismo, por cuanto el hombre es una entidad espiritual moral dotada de autonomía.

130. En el ámbito penitenciario, la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria, y que ello se realice con respeto a su autonomía individual, cualquiera sea la etapa de ejecución de la pena. Sin embargo, y aunque no se exprese, detrás de medidas punitivas de naturaleza drástica como la cadena perpetua subyace una cosificación del penado, pues éste termina considerado como un objeto de la política criminal del Estado, sobre el cual —porque nunca tendrá la oportunidad de ser reincorporado—, tampoco habrá la necesidad de realizar las medidas adecuadas para su rehabilitación.

131. El carácter rehabilitador de la pena tiene la función de formar al interno en el uso responsable de su libertad. No la de imponerle una determinada cosmovisión del mundo ni un conjunto de valores que, a lo mejor, puede no compartir. Pero, en cualquier caso, nunca le puede ser negada la esperanza de poderse insertar en la vida comunitaria. Y es que al lado del elemento retributivo, ínsito a toda pena, siempre debe encontrarse latente la esperanza de que el penado algún día pueda recobrar su libertad. El internamiento en un centro carcelario de por vida, sin que la pena tenga un límite temporal, aniquila tal posibilidad.

Como antes se ha expresado, no sólo anula la esperanza de lograr la libertad. También anula al penado como ser humano, pues lo condena, hasta su muerte, a transcurrir su vida internado en un establecimiento penal, sin posibilidad de poder alcanzar su proyecto de vida trazado con respeto a los derechos y valores ajenos. Lo convierte en un objeto, en una cosa, cuyo desechamiento se hace en vida. La cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo.

132. El sistema material de valores del Estado de Derecho impone que cualquier lucha contra el terrorismo (y quienes lo practiquen), se tenga necesariamente que realizar respetando sus principios y derechos fundamentales. Aquellos deben saber que la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es

respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y que las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes la detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirla. Por ello, si el establecimiento de la pena se encuentra sujeta a su adecuación con el principio de proporcionalidad, tal principio no autoriza a que se encarcele de por vida.

133. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no considera que la inconstitucionalidad de la cadena perpetua lo autorice a declarar la invalidez de la disposición que la autoriza, pues ciertamente tal incompatibilidad podría perfectamente remediarla si es que el legislador introdujese una serie de medidas que permitan que la cadena perpetua deje de ser una pena sin plazo de culminación. Además porque, so pretexto de declararse la inconstitucionalidad de tal disposición, podrían generarse mayores efectos inconstitucionales que los que se buscan remediar. En ese sentido, al tenerse que expedir una sentencia de “mera incompatibilidad” en este punto, el Tribunal Constitucional considera que corresponde al legislador introducir en la legislación nacional los mecanismos jurídicos que hagan que la cadena perpetua no sea una pena sin plazo de culminación.

134. Sobre el particular el Tribunal Constitucional debe de recordar que, actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

135. En ese sentido, debe recordarse que el Estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo N.º 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua.

136. Por otro lado, también el legislador nacional puede introducir un régimen legal especial en materia de beneficios penitenciarios, de manera que se posibilite la realización efectiva de los principios de dignidad de la persona y resocialización. Ese es el caso, por ejemplo, de la legislación italiana, que, con el objeto de que la cadena perpetua pueda ser compatibilizada con los principios de resocialización y de dignidad de la persona, a través de la Ley N.º 663 del 10 de octubre de 1986 ha posibilitado que, luego de quince años de prisión, el condenado pueda acceder al beneficio de la semilibertad y, luego, a la libertad condicional. Similar situación sucede en la mayoría de países europeos y también en algunos latinoamericanos, como en el caso argentino,

donde la pena de cadena perpetua en realidad no es ilimitada, esto es, intemporal, pues como dispuso la Ley N.^o 24 660, el reo condenado a cadena perpetua goza de libertad condicional a los veinte años, y antes de esta posibilidad, del régimen de salidas transitorias y de semilibertad que pueden obtenerse a los quince años de internamiento. Incluso, puede considerarse la edad del condenado como uno de los factores importantes al momento de establecer los límites temporales.

137. En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal, por lo que si en un plazo razonable el legislador no dictase una ley en los términos exhortados, por la sola eficacia de esta sentencia, al cabo de 30 años de iniciada la ejecución de la condena, los jueces estarán en la obligación de revisar las sentencias condenatorias.²

El Tribunal Constitucional se ha referido al Estatuto de Roma en una segunda ocasión, en la reciente sentencia de 9 de diciembre de 2004, expediente 2798-04-HC/TC, donde a propósito de una acción de hábeas corpus analiza los fundamentos de la desaparición forzada de personas desde la perspectiva del derecho penal internacional, y considera que se trata de un delito de lesa humanidad, como se aprecia en el artículo 7 incisos 1.i y 2.i del Estatuto de la Corte. Así, la sentencia establece:

El delito de desaparición forzada de personas

21. Uno de los delitos que son materia de imputación en los referidos procesos penales es el de desaparición forzada. El Código Penal promulgado en 1991, mediante el Decreto Legislativo N.^o 635, en su capítulo II del título XIV del libro segundo, relativo al delito de terrorismo, artículo 323°, tipificó con precisión el delito de desaparición forzada de personas. Este capítulo fue posteriormente derogado mediante el Decreto Ley N.^o 25 474, promulgado el 6 de mayo de 1992. La figura típica de desaparición forzada de persona fue reintroducida mediante el Decreto Ley N.^o 25 592, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de julio de 1992, descripción que fue finalmente regulada mediante el artículo 6 de la Ley N.^o 26 926, del 21 de febrero de 1998, ubicando la figura dentro del capítulo de delitos contra la humanidad.

22. Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de

² El texto completo de la sentencia en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-Al.html>.

personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la lex previa derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad.

23. La desaparición forzada de personas es un delito plurifensivo, por cuanto afecta la libertad física, el debido proceso, el derecho a la integridad personal, el reconocimiento de la personalidad jurídica y, como ya se ha señalado, el derecho a la tutela judicial efectiva. La vigencia de estos derechos es absoluta, por lo que su protección se encuentra regulada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

24. En efecto, la desaparición forzada de personas supone generar una cruel sensación de incertidumbre tanto para la persona desaparecida como para sus familiares, los mismos que pasan a ser víctimas directas de este grave hecho. Por ello, el Derecho Internacional reconoce a la desaparición forzada como una de las modalidades más graves de violaciones de los derechos humanos.

25. Ahora bien, cuando este hecho es cometido como parte de una estrategia general o representa sólo un ejemplo de un conjunto de conductas ilícitas similares, estamos frente a la existencia de un patrón de violaciones, lo que las convierte en crimen de lesa humanidad. Al respecto, el informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación constató que los hechos atribuibles al autodenominado grupo Colina representaron un patrón sistemático y generalizado de violaciones a los derechos humanos, expresado en hechos como las desapariciones de La Cantuta, la del periodista Pedro Yauri, los asesinatos de estudiantes en la Universidad Nacional del Centro y la masacre de Barrios Altos. Tal como lo expresa la juez del Segundo Juzgado Penal Especial en el auto apertorio de instrucción del proceso signado con el número 01-2003, la organización de la desaparición de los campesinos del Santa hubiera sido imposible sin la consecución de recursos logísticos significativos, razón por la cual han sido considerados como responsables los altos mandos a cargo de las labores de inteligencia de esos años, incluyendo el procesamiento del ex-presidente de la República.

26. El delito de desaparición forzada ha sido desde siempre considerado como un delito de lesa humanidad, situación que ha venido a ser corroborada por el artículo 7.º del Estatuto de la Corte Penal Internacional, que la define como “la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”.

27. Se trata, sin duda, de un delito de lesa humanidad cuya necesidad social de esclarecimiento e investigación no pueden ser equiparadas a las de un mero delito común, dada su extrema gravedad. En este sentido, la Resolución N.º 666 (XIII-083) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, estableció en el artículo 4, “Declarar que la práctica de la desaparición forzada de personas en América es una afrenta a la conciencia del hemisferio y constituye un crimen de lesa humanidad”. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas reafirma en su preámbulo que la práctica sistemática de desapariciones forzadas constituye un delito de lesa humanidad. La necesidad social del esclarecimiento e investigación de estos delitos no puede ser equiparada a la de un mero delito común. (Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Resolución adoptada en la séptima sesión plenaria, 9 de junio de 1994. OEA/Ser.P AG/doc.3114/94 rev.).³

Con ello se tiene que hasta el momento no se han discutido en la jurisdicción constitucional aspectos de fondo sobre la constitucionalidad de la ratificación del Estatuto de Roma, y menos sobre el proceso de implementación aún en curso. Las referidas decisiones del Tribunal Constitucional no analizan problemas sustantivos como la adecuación del Estatuto a la garantía de certeza o el mandato de determinación que deriva del principio de legalidad, ni tampoco problemas procesales latentes como la adecuación del régimen de entrega de personas a la Constitución.

2.2. Las soluciones en el plano legal: la implementación

En el Perú no se ha considerado la opción de proyectar un Código Penal Internacional o una ley especial que incorpore conjuntamente las reformas en materia penal, procesal, orgánica, etcétera.

³ El texto completo de la sentencia en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/2798-2004-HC.html>.

Como se detalla luego, la legislación peruana se orienta hacia una implementación total o plena de las reglas del Estatuto de Roma, es decir, más allá de las concretas obligaciones de criminalización (artículo 70.4 del ECPI) y de cooperación con la Corte (artículos 86 y 88 del ECPI). Por un lado, a través del nuevo Código Procesal Penal. Por otra parte se proyecta, en concordancia con el Estatuto, la incorporación o adaptación plena de las reglas de parte general y de los tipos penales dentro del Código Penal. Con ello se descarta la opción de implementar el derecho penal sustitutivo a través de una ley especial o complementaria.

Se persigue, en suma, que los crímenes internacionales puedan ser prioritariamente perseguidos por el propio Estado peruano, limitándose la jurisdicción complementaria de la CPI.

2.2.1. *Implementación procesal penal*

Las reformas procesales fueron asumidas por la Comisión Especial de Alto Nivel del Ministerio Justicia, creada mediante el decreto supremo n.º 005-2003-JUS de 14 marzo de 2003, que elaboró el Proyecto de Código Procesal Penal de abril de 2004, promulgado con reformas menores en julio de 2004 a través del decreto legislativo n.º 957, como se ha indicado. La Comisión tuvo en cuenta la necesidad de satisfacer las obligaciones de implementar procedimientos eficaces que permitan la cooperación del Estado peruano con la Corte.

De este modo, en el libro VII, relativo a “La cooperación judicial internacional”, se incorpora una sección especial (sección VII) dedicada a la “Cooperación con la Corte Penal Internacional”, donde se desarrollan, además de las normas generales (título I), los procedimientos de detención y entrega de personas, y la detención provisional (título II). Luego, bajo el rótulo “De los demás actos de cooperación” (título III), se incorporan los procedimientos exigidos por el artículo 93 del Estatuto. Finalmente se desarrolla el régimen de la ejecución de las penas impuestas por la Corte Penal Internacional a nacionales peruanos (título IV).⁴

⁴ Véanse los artículos 554-566 del nuevo Código Procesal penal en <http://www.mpfn.gob.pe/especializados.php>.

2.2.2. *Implementación del derecho penal material*

2.2.2.1 Lineamientos generales para la criminalización de los delitos internacionales previstos en el Estatuto de Roma

La implementación en el ámbito del derecho penal material está a cargo de la citada Comisión Especial Revisora de Código Penal. No existen proyectos alternativos o paralelos.

La Comisión coincide en que la Constitución peruana de 1993 reconoce en el artículo 2, numeral 24, literal *D*, las garantías de certeza y norma penal previa como componentes del principio de legalidad que, en una perspectiva más general, también reconoce el Código Penal en el artículo II. En consecuencia, no es una opción la aplicación directa del derecho penal internacional en el derecho penal interno, como en África del Sur, o una transformación (ampliación) de los tipos penales nacionales mediante referencias al instrumento internacional, como sucede en Canadá y Nueva Zelanda.⁵

Así, *de lege lata*, es necesario tener en cuenta que el Estatuto de Roma, en tanto norma ratificada por el Estado peruano, constituye en virtud del artículo 55 de la Constitución una norma que forma parte del derecho interno. Es más, la evidente orientación del ECPI a la protección supranacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en clave sancionatoria, sumada al debate jurídico peruano en torno al rango constitucional o no de los tratados en materia de derechos humanos, a raíz de los artículos 2 y 3, y de la cuarta disposición final de la Ley Fundamental,⁶ se erigen como fundamentos del merecimiento y la necesidad de pena en el derecho penal internacional.

Si bien no se ha discutido la cuestión del rango legal o constitucional del ECPI en el derecho peruano, la fuerza normativa del Estatuto lo erige en fuente de obligatoria observancia para la interpretación del derecho interno⁷ y, desde luego, para su

⁵ Kai Ambos: "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional", en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003, p. 26; véase también el cuadro B de la p. 31.

⁶ Fabián Novak y Elizabeth Salmón: *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, Lima: PUCP, 2000, pp. 123-124.

⁷ Marcial Rubio Correa: *Estudio de la Constitución Política de 1993*, t. 3, Lima: PUCP, 1999, pp. 153 ss.

adaptación o reforma conforme a las disposiciones internacionales. Así, pese a que el Estatuto de Roma no contiene específicas obligaciones de modificar el Código Penal o el Código de Justicia Militar para establecer tipos penales acordes con las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que tipifica el artículo 8 del Estatuto, el carácter complementario de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículos 1 y 17 del Estatuto) determina cuando menos una obligación fáctica de llevar adelante un proceso de revisión del derecho penal nacional para adaptarlo al estándar previsto en el Estatuto y darle vigencia conforme a las exigencias del principio de legalidad, pues de lo contrario la Corte Penal Internacional podría asumir competencia en cualquier caso concreto.⁸

No es por ello suficiente una aplicación de los tipos actualmente vigentes conforme al derecho internacional. Como se ha puesto de relieve en otra ocasión, “En la medida en que no se ve afectado el principio de legalidad las estipulaciones de los tratados o convenios internacionales [...] no es preciso que encuentren confirmación en una ley para su aplicación”.⁹ Con ello, la mera interpretación de los tipos actualmente en vigor, incluso los del derecho penal común, es compatible con la reserva de ley penal, pues no se trata de la aplicación inmediata de cláusulas incriminatorias previstas en el ordenamiento internacional, sino de fundamentar en términos de merecimiento de pena una interpretación de la norma interna conforme al derecho internacional vigente. Y es que “La interpretación es lícita aunque resulte extensiva de delitos o penas. Con ello no se sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de este límite (el ‘sentido literal posible’).”¹⁰ Precisamente en esa perspectiva se inscribe la citada sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de diciembre de 2004, que fundamenta la gravedad del delito de desaparición forzada conforme al sentido del artículo 7 del ECPI.

Pero si la interpretación del derecho penal nacional conforme a las disposiciones internacionales no puede producir una ampliación de las prohibiciones penales, entonces la superación de los vacíos punitivos en el ordenamiento interno pasa necesariamente por una reforma legislativa. En ese orden de ideas, en cuanto a las opciones de implementación del Estatuto de Roma, la Comisión Especial Revisora apreció básicamente dos tendencias en aquellos sistemas del derecho comparado respetuosos

⁸ Ambos: o. cit., p. 25.

⁹ José Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general*, I, Madrid: Civitas, 5.º ed., 1996, p. 160.

¹⁰ Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: PPU, 5.º ed., 1998, p. 87.

del principio de legalidad: la adopción literal de las normas del Estatuto, como acontece en el modelo belga, o una codificación nueva, sea en la parte especial del Código Penal, como la mayoría de normas y proyectos latinoamericanos,¹¹ o en una ley especial,¹² como la *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, la ley alemana de introducción del Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002.¹³

En tal perspectiva, la Comisión Especial Revisora del Código Penal, conforme al planteamiento de la subcomisión respectiva,¹⁴ considera conveniente¹⁵ que las particulares reglas de parte general y los delitos internacionales se incorporen como libro III del Código Penal,¹⁶ bajo el rótulo “Delitos contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”. Dicho libro estará conformado, en concordancia con la propia sistemática del Estatuto de Roma, por cuatro títulos de “Disposiciones generales” (título I), “Delito de genocidio” (título II), “Delitos de lesa humanidad” (título III) y “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario” (título IV).¹⁷

2.2.2.2 Características del proyecto

El título I, aprobado en marzo de 2004, incorpora ocho disposiciones generales. El artículo I establece que el título preliminar y la parte general del Código Penal rigen también a los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, con las excepciones previstas en el título, ratificando con ello el principio de supletoriedad general del Código Penal y especificidad de las reglas del derecho penal internacional incorporadas al derecho interno.

¹¹ Así por ejemplo, el título II de “Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario” (artículos 135-164) de la Parte especial del CP colombiano de 2000.

¹² Ambos: o. cit., p. 26.

¹³ Publicada el 29 de junio de 2002 y vigente desde el 30 de ese mes.

¹⁴ Subcomisión encargada de la adecuación al Estatuto de Roma, integrada por los representantes del Ministerio Público (Dr. Mateo Castañeda Segovia), de la Defensoría del Pueblo (Dr. Yván Montoya Vivanco) y uno del Ministerio de Justicia (Dr. Fidel Rojas Vargas).

¹⁵ Adoptando una de las conclusiones del Taller I celebrado el 24 de abril de 2003 como parte del evento coorganizado por la Comisión Nacional de Estudio y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario (CONADIH) y la Maestría con mención en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con el auspicio de la Delegación del CICR en el Perú. Las conclusiones de este y los otros talleres pueden verse en la sección de eventos de www.pucp.edu.pe/escgrad/penal.

¹⁶ Con ello, las faltas pasarían a conformar el Libro Cuarto.

¹⁷ Así lo expresan las comunicaciones de 15 y 29 de mayo de 2003 cursadas por el coordinador de la Subcomisión al presidente de la Comisión.

En cuanto a las reglas de imputación, se parte de la insuficiencia del dolo y la culpa para abarcar el llamado *elemento de intencionalidad* del artículo 30 del ECPI. En ese sentido, el artículo II del proyecto establece que, salvo disposición en contrario, serán sancionados como agentes de infracción dolosa aquellos que obren con conocimiento de que una consecuencia concreta referida a alguno de los delitos comprendidos en el presente libro se producirá en el curso normal de los acontecimientos.

Respecto a la responsabilidad de los jefes y otros superiores, el artículo III establece que el jefe militar, el superior civil o quien ejerza de hecho como tal debe ser reprimido con la misma pena que le corresponda a aquellos que, encontrándose bajo su mando o autoridad y control efectivo, cometieren un delito descrito en el presente libro, siempre que: a) hubiere sabido que sus subordinados estaban cometiendo esos delitos o se proponían cometerlos, y b) no hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el delito en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Se prevé una atenuación por debajo del mínimo previsto para el delito cometido en los supuestos en que, por razón de las circunstancias del momento, aquél hubiere debido saberlo y no hubiere adoptado las medidas previstas en el literal *b*.

La Comisión considera que la actuación bajo órdenes no puede conducir a una exención de responsabilidad penal. Por ello el artículo IV plantea que en los delitos de genocidio y de lesa humanidad no está exento de responsabilidad penal aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea militar o civil. Particular debate despertó el caso de los delitos contra el derecho internacional humanitario, considerándose sólo una atenuación de la pena a aquel que obra en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno, autoridad o superior, sea civil o militar, siempre que: a) estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) no supiera que la orden era ilícita, y c) la orden no fuera manifiestamente ilícita.

El artículo V del Proyecto establece que la acción penal y la pena no prescriben en estos delitos. Asimismo y en concordancia con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José y del Tribunal Constitucional peruano, se establece que en estos ilícitos no rigen la amnistía, el indulto ni el derecho de gracia. A su turno, el artículo VI ratifica el sentido de la llamada *jurisdicción universal*, y señala que respecto a los delitos contemplados en el presente libro la legislación penal

peruana rige incluso cuando éstos hayan sido cometidos en el extranjero o no tengan vinculación con el territorio nacional.

Aunque el artículo III del nuevo Código Procesal Penal garantiza el principio de *ne bis in idem* en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional 2050-2002-AA de 16 de abril de 2003,¹⁸ el artículo VII del Proyecto lo ratifica para estos delitos y respecto a la competencia de la CPI. Antes bien y en orden a restringir la competencia complementaria de la CPI, se excluyen las consecuencias del principio cuando el proceso interno: a) obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la Corte Penal Internacional, o b) no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Finalmente en cuanto a las disposiciones generales, y en concordancia con el sentido del artículo 25.1 del ECPI, el artículo VIII ratifica que la responsabilidad penal de las personas naturales no afecta la posible responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

El título II del proyecto, también aprobado en marzo de 2004, establece los tipos de genocidio (artículo IX) y provocación al genocidio (artículo X). El primero de ellos sanciona al que con la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, racial, religioso o étnico como tal, realice algunos de siguientes actos: 1) matanza a miembros del grupo, 2) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, 3) sometimiento del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física de manera total o parcial; 4) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; o 5) traslado forzado de menores de 12 años a otro grupo. Aunque la pena no ha sido aprobada por la Comisión, se ha propuesto establecer pena privativa de libertad no menor de 30 años en el supuesto del inciso 1.^º y pena privativa de libertad no menor de 25 años en los supuestos de los incisos 2.^º, 3.^º, 4.^º y 5.^º. Por su parte, el artículo X, acorde con el artículo 25.3.e del ECPI, persigue la sanción del que provoca de modo directo y público a una pluralidad de personas para la comisión del delito de genocidio, con pena privativa de libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años.

¹⁸ Dino Carlos Caro Coria: "El nuevo Código Procesal Penal: ¿eficacia o garantismo?", en *Código Procesal Penal*, Lima: Diké, 2005, pp. 16-19.

El título III, dedicado a los delitos de lesa humanidad, fue aprobado por la comisión entre septiembre de 2004 y enero de 2005. Contempla una marcada distinción frente a los tipos del ECPI en la medida en que no sólo tipifica los actos cometidos “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”, sino también cuando se producen fuera de dicho contexto, decisión adecuada si se toma en cuenta que el *Informe final* de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación presentado en agosto de 2003 detalló la comisión de graves delitos de tortura, desapariciones forzadas, etcétera, cometidos tanto por miembros de las fuerzas armadas como por las agrupaciones terroristas, sin que puedan calificarse como ataques sistemáticos y generalizados.

El proyecto añade a su vez un delito no contemplado expresamente en el ECPI; se trata de la ejecución extrajudicial, que ha merecido un tratamiento más frecuente en la literatura latinoamericana a partir de las consecuencias de las llamadas *doctrinas de seguridad nacional*. En efecto, el artículo XI sanciona al que infringiendo su deber de protección o garante de la vida mata a otro por motivos políticos, socioeconómicos, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género, con pena privativa de libertad no menor de 20 ni mayor de 30 años.

El tipo de tortura del artículo XII sanciona al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que con el fin de investigar un delito, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva o con cualquier otro fin inflija a otra persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, quien será sancionado con pena privativa de libertad no menor de 6 años ni mayor de 12 años, fórmula que supera las deficiencias y restricciones del tipo actual del artículo 321 del CP. Similar sanción penal se prevé para el funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento y aquiescencia de aquel, que aplique métodos tendentes a menoscabar la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental. Finalmente, se establece una circunstancia cualificante si como consecuencia del hecho se anula la personalidad de la víctima o se disminuye gravemente su capacidad física o mental, se produce lesión grave o muerte de la víctima como resultados previsibles por el agente, en cuyo caso la pena será no menor de 20 años ni mayor de 30 años.

Las deficiencias del tipo vigente de desaparición forzada de personas logran superarse con la redacción del artículo XIII del proyecto, que sanciona al funcionario o servidor público o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, que de cualquier forma prive a otro de su libertad, seguido de la negativa a informar

o guarde silencio sobre la detención, el destino o el paradero de esa persona, con la intención de dejarla fuera del amparo de la ley. Se plantea una sanción de pena privativa de libertad no menor de 15 años ni mayor de 25 años.

El artículo XIV, en concordancia directa con el ECPI, sanciona las ejecuciones extrajudiciales, torturas y desapariciones forzadas cometidas en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado. Se proyecta la sanción, con pena privativa de libertad de 20 a 35 años, del funcionario o servidor, o cualquier persona con el consentimiento o aquiescencia de aquel, o los miembros de grupos armados ilegales, que cometan los delitos de tortura, ejecuciones extrajudiciales o desapariciones forzadas, siempre que se hayan realizado en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático y estén dirigidos contra la población civil.

El ECPI prevé otros delitos de lesa humanidad que se cometen en el contexto de un plan sistemático o ataque generalizado, y que han sido desarrollados en el artículo XV del proyecto, el cual establece pena privativa de libertad de 20 a 35 años al que, en el contexto de un ataque generalizado o plan sistemático contra una población civil, cometa alguno de los actos siguientes: 1) *Exterminio*. Someta a una determinada población o parte de ella a condiciones de vida encaminadas a causar su destrucción física total o parcial. 2) *Esclavitud*. Realice actos que impliquen el ejercicio de los atributos de propiedad, o de alguno de ellos, sobre una persona. 3) *Persecución*. Prive de la libertad personal o lesioné gravemente la integridad física o la salud al miembro de un grupo o colectividad por motivos político, racial, nacional, étnico, cultural, religioso, de género u orientación sexual. 4) *Violencia sexual*. Viole, prostituya o esclavice sexualmente a una persona mediante violencia, grave amenaza o aprovechando un contexto de coacción, o se fuerce a una persona a unirse en matrimonio o en convivencia con otra persona, o prive de la capacidad de reproducción a una persona sin su consentimiento, u obligue a una mujer a abortar mediante violencia, intimidación o grave amenaza, o la mantenga confinada habiéndola embarazado por la fuerza con la intención de influir en la composición racial o étnica de una población. 5) *Deportación o traslado forzoso de población*. Deporte o traslade forzosamente a una persona que se encuentra legítimamente en un territorio, desplazándola a otro Estado o territorio mediante la expulsión o cualquier otra medida coactiva sin motivos autorizados por el derecho internacional. 6) *Detenciones arbitrarias*. Prive de la libertad personal a una o más personas en violación de normas fundamentales de derecho internacional

Por último, en cuanto a los delitos de lesa humanidad, el artículo XVI desarrolla el delito de *apartheid* del artículo 7, incisos 1.*j* y 2.*h*, del ECPI, pero sin vincularlo directamente a la exigencia de ser parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Así, se sanciona al que con la intención de mantener un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial o étnico sobre uno o más grupos raciales o étnicos comete alguno de los delitos de lesa humanidad. Se plantea establecer pena privativa de la libertad no menor de 25 años ni mayor de 35 años.

2.2.2.3 Actual debate sobre los delitos contra el derecho internacional humanitario

La Comisión Revisora del Código Penal ha iniciado en enero de 2005 el debate sobre el contenido del título IV, de “Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario”, teniendo como base el proyecto elaborado en noviembre de 2003 por Caro Coria y Salmón Garate por encargo de la sección peruana del Comité Internacional de la Cruz Roja.

El Estatuto de Roma tipifica los crímenes de guerra en el artículo 8 a fin de reprimir las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (literal *a*), las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales (literal *b*), así como en los conflictos que no son de índole internacional (literales *c*, *d*, *e* y *f*). Pero estos ilícitos no merecen una desvalorización especial en el marco del Código Penal sino a partir de delitos comunes o del derecho penal normal, lo que otorga el marco para una represión sólo residual.

Sí han merecido una atención preliminar dentro del vigente Código de Justicia Militar, aprobado mediante el decreto ley n.º 23 214 de 26 de julio de 1980, en el título cuarto (“De la violación del derecho de gentes”) de la sección III (“De los delitos contra la seguridad y el honor de la nación”), especialmente en el artículo 95. Del mismo modo, cabe poner de relieve los delitos de “saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” del título séptimo de la sección IV, de “Delitos contra el orden constitucional y la seguridad del Estado”, sobre todo los artículos 138 y 139. Las penas para estas infracciones, en casos de especial gravedad, podrían alcanzar los 20 años de privación de libertad.

Similares lineamientos se mantienen en el proyecto de Código de Justicia Militar de julio de 2001,¹⁹ que tipifica la “violación el derecho de gentes” a partir del

¹⁹ Publicado como separata especial en el Diario Oficial *El Peruano* de 1 de julio de 2001.

artículo 96, así como los delitos de “saqueo, devastación, sabotaje y secuestro” en los artículos 150 y siguientes. Pero ni esta propuesta *de lege ferenda* ni la regulación vigente satisfacen plenamente las expectativas sancionadoras previstas en el ECPI. Por ese motivo, los actuales trabajos de reforma del Código de Justicia Militar, en el marco de las competencias de esta jurisdicción especial,²⁰ vienen considerando la ampliación de los tipos penales a fin de reprimir específicamente las violaciones e infracciones graves del derecho internacional humanitario; labor que en todo caso debería considerar los avances para la reforma del Código Penal en esta materia, a fin de complementar, en su caso, las reformas del derecho penal común.

Según el proyecto presentado por la CICR a la Comisión, es necesario tomar en cuenta el distinto fundamento de los delitos que prevé el Estatuto de Roma, lo que justifica un trato legal diferenciado entre los hechos de genocidio (artículo 6), de lesa humanidad (artículo 7) y de agresión (artículo 5.1.d), frente a los crímenes de guerra del artículo 8 del Estatuto. En ese contexto, la propia especificidad de infracciones graves como el genocidio o la agresión²¹ conlleva a la necesidad de diferenciar especialmente el ámbito de los delitos de lesa humanidad de aquellos que en general infringen el derecho internacional humanitario. Y como estos últimos, representan violaciones a las mínimas reglas de humanidad ante situaciones de conflicto armado, internacional o no internacional, lo que corresponde a un ámbito distinto del de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas fuera de estas situaciones de conflicto, esto es, en el marco de las relaciones, en tiempo de paz, entre los Estados y sus ciudadanos.²²

En esa medida se justifica que el Proyecto se refiera en general a *delitos contra el derecho internacional humanitario*, incorporando las violaciones más graves del DIH como conjunto normativo que, al margen de las necesidades de ventaja militar, establece normas mínimas de humanidad ante situaciones de conflicto armado, internacional o no internacional. Esto es, protegiendo por una parte a quienes no participan o han dejado de participar en las hostilidades (derecho de Ginebra) y limitando, por otro lado, los métodos y medios empleados en las hostilidades (derecho de La Haya).²³

²⁰ Defensoría del Pueblo: *Hacia una reforma de la Justicia Militar en el Perú*, Lima: 2002, p. 67.

²¹ Aún carente de un contenido típico acorde con el derecho internacional vigente, como se advierte del artículo 5.2 del Estatuto de Roma.

²² Sobre esta distinción, Dietrich Schindler: “El Comité Internacional de la Cruz Roja y los Derechos Humanos”, en *RICR*, n.º 31, enero-febrero de 1979, pp. 14-15; John Dugard: “Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores”, en *RICR*, n.º 147, septiembre de 1998, p. 484.

²³ Alicia Gil Gil: *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valencia: Centro Francisco Tomás y Valiente, 1999, p. 84.

Así, el proyecto estima que el especial fundamento de los delitos contra el *ius in bello* se expresa en su vinculación estricta a aquellas reglas del derecho internacional humanitario que, en una perspectiva amplia o general, pueden considerarse normas de *ius cogens*, conformantes del orden público internacional aun en tiempos de conflicto armado (*de guerra*) en el que no se prohíben las hostilidades sino el exceso. Se proscribe la realización de conductas que van más allá de las necesidades estrictamente militares y que violan clásicos bienes jurídicos como la vida, la integridad, la salud —individual o colectiva—, el patrimonio —privado, público, histórico, artístico, etcétera—, la seguridad pública, el ambiente natural, el acceso a la justicia, etcétera, en ese contexto de especial desprotección y peligro para las víctimas (la guerra), y en el que la seguridad de sus bienes sólo depende de la vigencia de esas reglas mínimas que impone el derecho internacional humanitario.

Y es más, la vigencia de esas reglas por lo general sólo puede ser controlada *ex post* por terceros no involucrados directamente en las hostilidades, como en los casos de los diversos tribunales no nacionales constituidos para tales fines tras las hostilidades. Así, la persecución de los delitos contra el DIH dependerá de la actuación de los fueros nacionales y, por defecto, de la Corte Penal Internacional. Pero la vigencia de esas mínimas reglas, en una perspectiva *ex ante*, depende en esencia de la actuación de las partes enfrentadas, a las que puede entenderse que el derecho internacional humanitario, a través de sus normas de *ius cogens*, les impone un deber de garante, en el sentido no sólo de velar por la no realización desde su esfera de dominio de actos violatorios del DIH, sino además de promover activamente su vigencia y salvaguarda en todo contexto de hostilidades, implementando las medidas de control necesarias para limitar a lo estrictamente necesario los riesgos derivados de esas hostilidades.

Puede sostenerse por ello que para el derecho penal la vigencia del DIH configura un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal, de carácter institucional que no se confunde ni equipara con los bienes jurídicos del derecho penal común (la vida, la integridad, etcétera) a los que sirven o complementan. Dicho de otro modo, la protección penal de las reglas previstas en el DIH se erige como un medio de tutela adelantada y al servicio de los bienes que se ponen en riesgo en un contexto de conflicto armado internacional o no internacional.

De esto se deduce que en general es posible que un mismo hecho puede realizar un tipo del derecho penal común previsto en el CP y un delito contra el

DIH, en cuyo caso serán de aplicación las reglas del concurso ideal de delitos (artículo 48 del CP) o unidad de hecho.²⁴ Esto, en diversos supuestos, implica por ejemplo la realización de conductas que crean un peligro general colectivo (uso de armas prohibidas de destrucción masiva) con verificación de resultados lesivos (muertes). Es posible además la concurrencia de diversos comportamientos y resultados subsumibles tanto en delitos comunes del CP como entre los delitos contra el DIH, en cuyo caso rigen las reglas del concurso real delitos del artículo 50 del CP. Estas consideraciones no son superfluas si se tiene en cuenta la regla de aspiración prevista en los artículos 48 y 50, y su proyección actual ante el debate parlamentario tras los proyectos de ley para establecer un sistema de mera suma de penas en el concurso real e ideal de infracciones.

Ahora bien, el proyecto no reproduce directamente los tipos penales ni la nomenclatura del Estatuto de Roma. Sobre esto último, no se considera conveniente acudir al rótulo “crímenes de guerra” del artículo 8 del Estatuto de Roma; la legislación peruana clasifica las infracciones penales entre delitos y faltas, a diferencia por ejemplo del CP francés de 1994, que mantiene la distinción entre crímenes, delitos y contravenciones (artículo 111-1), o del CP alemán (StGB), que recurre a las categorías de crímenes y delitos (§ 12).

Asimismo, la referencia a la *guerra*, para describir el contexto de la comisión de estos ilícitos, podría favorecer *de facto* —mas no *de iure*— interpretaciones restrictivas entre los operadores nacionales, de modo que sólo se tomen en cuenta las situaciones de conflicto armado internacional, más aún si se recuerda que durante los años de lucha antisubversiva en el Perú se debatía si era aplicable el DIH tanto a las autoridades del Estado como a los levantados en armas.²⁵

Es más, puede entenderse que la comisión de delitos contra el derecho internacional humanitario es totalmente independiente o paralela a la comisión de delitos comunes que el Estado puede perseguir y sancionar en un contexto de conflicto armado no internacional. En el caso del terrorismo, que tipifica el decreto ley n.º 25 475, en la actualidad se considera que su tipificación debe incorporar como elemento de especial intención una fórmula que describa el elemento común de las agrupaciones terroristas: la finalidad de

²⁴ En el mismo sentido, la exposición de motivos del proyecto alemán de Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, véase A.III.

²⁵ Ernesto De la Jara Basombrío: *Memoria y batallas en nombre de los inocentes. Perú 1992-2001*, Lima: IDL, 2001, p. 121.

alterar el orden constitucional o la paz pública, como describen el artículo 571 del CP español o el artículo 270 *bis* del CP italiano.²⁶

En consecuencia, es perfectamente posible que en un conflicto armado no internacional los insurgentes o levantados en armas cometan graves delitos de terrorismo que sean a la vez violatorios del DIH, en cuyo caso podrán aplicarse las reglas concursales antes descritas.²⁷ De igual modo, en ese contexto, si los métodos estatales o paraestatales utilizados para controlar la insurrección violan el DIH, serán aplicables los delitos proyectados y, de ser el caso, otros delitos más bien comunes previstos en el CP.

Sobre estas bases, el proyecto sometido a debate adopta una de las tendencias más comunes en Latinoamérica: la incorporación de tipos específicos en la parte especial del Código Penal, pero con el excepcional matiz de establecer, como en el modelo alemán, una construcción propia de los supuestos típicos, tarea que demanda atender las exigencias mínimas del artículo 8 del Estatuto de Roma, y más porque sus disposiciones son producto de una ardua labor de síntesis del DIH previsto en los derechos de Ginebra y de La Haya principalmente.

De esta manera, y siguiendo en esencia el modelo de la *Gesetz zür Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, ley alemana de introducción del Código Penal Internacional, de 26 de junio de 2002, se tipifican violaciones contra el derecho internacional que han sido cometidas en relación con un conflicto armado internacional o no internacional, atendiendo a los tipos previstos en el Estatuto de Roma y otros preceptos internacionales cuya implementación es necesaria por vincular al Estado peruano, entre ellos los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I. Asimismo, de cara a su inminente ratificación, se ha considerado el Segundo Protocolo de 1999 de la Convención de la Haya de 1954 sobre Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.²⁸

Como indica la exposición de motivos del proyecto que fundamentó la ley alemana antes citada, los preceptos penales exceden del ámbito comprendido en el

²⁶ En esa misma perspectiva se pronunció la STC 005-2001-AI/TC de 15 de noviembre de 2001, publicada el 17 de ese mes; véase el fundamento 2. De igual modo, el proyecto de modificación de la legislación antiterrorista de la Comisión de la Verdad y Reconciliación de octubre de 2002.

²⁷ Véase *supra* 5.1, *in fine*.

²⁸ Este Protocolo ha sido remitido al Congreso de la República del Perú por el Poder Ejecutivo mediante la Resolución Suprema N° 250-2003-RE de 10 de octubre de 2003, publicada el 12 de ese mes, a fin de completar, luego de su aprobación legislativa, el proceso de ratificación.

Estatuto de Roma únicamente allí donde éste se corresponde con el estado seguro del derecho internacional consuetudinario, tal y como se ha manifestado en la práctica estatal y en la consecuente convicción jurídica. De otro lado, y en una perspectiva de subsidiariedad, como no todas las prohibiciones de derecho internacional demandan una tutela penal en el derecho consuetudinario internacional, no todas las acciones derivadas de las hostilidades que están prohibidas según el DIH son simultáneamente punibles conforme a los delitos proyectados. Así pues, los delitos contra el DIH sólo trasladan el derecho internacional consuetudinario vigente en el ámbito del derecho penal al derecho penal interno, pero sin pretender limitar el desarrollo del derecho internacional humanitario.²⁹

Se atiende para ello a la práctica internacional de los Estados durante los conflictos armados, a las correspondientes manifestaciones de los Estados, especialmente como se expresan en los códigos militares, y a las declaraciones correspondientes generalmente aceptadas de los más importantes órganos de las organizaciones internacionales. Asimismo, se toman en consideración, los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, como fuentes que sintetizan el derecho consuetudinario.³⁰

Por lo demás, los tipos proyectados no adoptan los conceptos del Estatuto de Roma cuando tenían por función facilitar la preparación del Estatuto y ya no desempeñan un papel decisivo en su implementación en el derecho penal interno. Por ese motivo se renuncia a la distinción histórica que recoge el Estatuto entre las “infracciones graves” de los Convenios de Ginebra y las denominadas “otras graves violaciones”, puesto que carecen de relevancia en la construcción de los tipos nacionales.³¹

El mayor alejamiento de las disposiciones de Roma se advierte, como en el modelo alemán que lo sustenta, en la sistematización y ordenación de los supuestos típicos. La sistemática de los crímenes de guerra en el Estatuto de Roma obedece al desarrollo sustancial del derecho internacional humanitario, que a lo largo de décadas se ha caracterizado por la distinción entre la protección de las personas y del patrimonio, por un lado (derecho de Ginebra), y, por otra parte, por la limitación del empleo de determinados métodos y medios de conducción de la guerra (derecho de La Haya).

²⁹ Vid. las observaciones generales sobre la Sección Segunda del Proyecto.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

Pero de ello no se deduce una obligación o necesidad de trasposición al derecho penal nacional de esa forma de ordenación; es incluso conveniente por razones de claridad normativa, y en tanto se mantenga el núcleo de las prohibiciones internacionales penalmente relevantes, un desglose elemental entre los delitos contra las personas protegidas por el DIH (capítulo I), contra el patrimonio y otros derechos (capítulo II), contra operaciones humanitarias y emblemas (capítulo III), y delitos de empleo de métodos (capítulo IV) y medios prohibidos de conducción de hostilidades (capítulo V).

La Comisión Especial Revisora del Código Penal no tiene un plazo determinado para concluir la discusión y eventual aprobación de este proyecto, lo cual es, en estricto, un obstáculo para culminar la reformas del derecho penal sustantivo.

3. Implementación y reglas de aplicación espacial

3.1. Regulación del Código Penal

El artículo 1 del CP regula el principio de territorialidad como regla general de la vigencia de la ley penal en el espacio. La norma incorpora asimismo el principio del pabellón. A fin de establecer el lugar de la comisión del delito, el artículo 5 adopta el principio de ubicuidad, de modo que “El lugar de comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos”, regla aplicable a los casos de crímenes internacionales.

En cuanto a las reglas de extraterritorialidad de la ley penal, el artículo 2 del CP las reconoce. Los numerales 1, 2 y 3 del artículo 2 se fundan en el principio real de defensa o de protección de intereses, de modo que la ley aplicable se determina según la nacionalidad del bien jurídico vulnerado, en este caso por la afectación de los intereses del Estado peruano. El artículo 2.4 establece el principio de personalidad; se aplica la ley peruana a los delitos cometidos contra peruano (personalidad pasiva) o por peruano (personalidad activa) en el extranjero, inclusive en los casos de delitos graves como los crímenes internacionales. En tales supuestos deben concurrir tres

condiciones: a) la doble incriminación, es decir, que el acto se considere delictivo en ambos países; b) que el delito sea pasible de extradición, lo que excluye los denominados delitos políticos, y c) que el imputado haya ingresado al territorio de la República por cualquier motivo.

El artículo 2.5 del CP establece el principio de universalidad, a través de una remisión general y dinámica a los tratados internacionales que erigen la obligación de reprimir determinados delitos, independientemente de la nacionalidad del autor o de la víctima y del lugar de comisión. Como se puso de relieve en el informe del 2003, dado que corresponde a una regla de extraterritorialidad, al principio universal se le otorga *carácter subsidiario*,³² tanto por razones teóricas como la “inconveniente renuncia a parcelas de jurisdicción” o la posible injerencia en la de otros Estados, y por razones prácticas, entre ellas que su aplicación efectiva dependería muchas veces del éxito de un proceso de extradición.³³

A diferencia de otros ordenamientos, el CP peruano no impone una regla de subsidiariedad en el sentido, por ejemplo, de que el hecho punible no haya motivado una persecución por parte de otro Estado. Tampoco existe una regla expresa que impida la persecución penal por el mismo contenido de injusto perseguido por la Corte Penal Internacional.

El artículo 4 del CP establece excepciones a la aplicación extraterritorial de la ley penal. Tales excepciones se aplican incluso en los casos regidos por el principio de universalidad, frente por ejemplo a delitos políticos (numeral 2), entre los que no se incluyen los crímenes internacionales ni el terrorismo. En cuanto a los alcances del artículo 4.1, deben tenerse en cuenta las causas de extinción de la acción penal previstas. De éstas merece atención la de cosa juzgada: no podrá renovarse en Perú el juzgamiento por hechos realizados en el extranjero si existe sentencia firme, nacional o extranjera, condenatoria o absolutoria, por el mismo contenido de injusto. El último párrafo del artículo 4 del CP permite sin embargo revisar una condena extranjera si la pena no se ejecutó totalmente; en tal caso el condenado sólo puede aspirar a que se descuente la pena ejecutada del contenido de la nueva sanción, pero se discute aquí la posible violación del *ne bis in idem*.

³² José Hurtado Pozo: *Derecho penal. Parte general*, Lima: Eddili, 2.º ed., 1987, pp. 243-244.

³³ Defensoría del Pueblo: *Corte Penal Internacional*, Lima, 2001, pp. 32-33.

Finalmente, el artículo 3 del CP reconoce el principio de representación: puede aplicarse la ley peruana cuando se niega la entrega del agente a las autoridades extranjeras que solicitan su extradición, generalmente por hechos cometidos fuera del territorio peruano, en cuyo caso se estatuye otra regla de aplicación extraterritorial, también aplicable a supuestos de crímenes internacionales.

3.2. Alcances de la jurisdicción universal en el proyecto de la Comisión Especial Revisora del Código Penal

La Comisión aprobó el 29 de marzo de 2004 el texto del artículo VI del libro III proyectado de delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario:

Artículo VI. Con respecto a los delitos contemplados en el presente libro, la legislación penal peruana rige incluso cuando los mismos hayan sido cometidos en el extranjero o no tenga vinculación con el territorio nacional.

Esta norma amplía el marco del principio universal previsto en el artículo 5 del CP, principalmente porque no exige que la obligación de persecución derive de tratados internacionales vinculantes para el Perú, siendo suficiente la propia incriminación que establecerá el futuro libro III. En otras palabras, el deber de persecución deriva también de una norma del derecho interno y no sólo del derecho internacional. Así sucede, por ejemplo, con el delito de ejecuciones extrajudiciales del artículo XI del proyecto, respecto del cual el Perú no tiene una obligación internacional específica de persecución.

Ahora bien, la persecución universal no carece de límites; rigen con carácter general las limitaciones previstas en el artículo 4 del CP, entre otros motivos, por la remisión prevista en el artículo I del proyecto. En ese sentido, el Estado peruano no puede iniciar una persecución por un hecho cometido en el extranjero que está prescrito o que ha motivado una absolución.

No se ha discutido en la Comisión el alcance específico del artículo 17.1 del ECPI, esto es, la delimitación de la competencia de la CPI frente a la de los Estados. Sin embargo, una exclusión o delimitación de competencias puede deducirse de la regulación del principio *de ne bis in idem* del artículo VII del proyecto, según el cual:

Artículo VII. En los delitos contenidos en el presente libro y respecto a la competencia de la Corte Penal Internacional, será de aplicación el principio Ne Bis In Idem.

Será inaplicable este principio cuando el proceso interno:

- a. Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por delito de competencia de la Corte Penal Internacional.
- b. No hubiere sido instruida en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia.

Dada la jurisdicción universal, el principio de *ne bis in idem* parece eliminar toda forma de preeminencia a favor de la persecución a cargo de la CPI. Por el contrario, el carácter complementario de la jurisdicción de la Corte debería favorecer en todo caso la persecución nacional, aunque ésta no haya sido iniciada o no esté a cargo del Estado del territorio en el que se cometió el hecho punible, sino a cargo de un “tercer Estado”. Así por ejemplo, ante la persecución a cargo del Estado peruano por un injusto cometido en el extranjero y perseguible conforme a la jurisdicción universal, la CPI no podría iniciar o continuar la persecución penal sino en los casos excepcionales previstos en el artículo 17.1 del ECPI, tanto por el carácter complementario de su competencia como por la proscripción de la persecución por el mismo contenido de injusto.

Con ello se tiene por resultado que la ampliación de la jurisdicción universal conforme al artículo VI del proyecto se orienta a restringir la competencia complementaria de la CPI, con lo que el sentido otorgado a la expresión “Estado que tiene la jurisdicción”, en el contexto del artículo 17.1 del ECPI, corresponde a cualquier Estado competente para perseguir el hecho, aun en aplicación de las reglas de extraterritorialidad como la jurisdicción universal.

4. Conclusiones

1. El Perú culminó el proceso de ratificación del ECPI en noviembre de 2001. En este proceso no se cuestionó la constitucionalidad de dicha ratificación. Tampoco existen cuestionamientos actuales de constitucionalidad. Por el contrario, los proyec-

tos de reforma constitucional en debate se orientan a consolidar las reglas y principios del Estatuto, mientras que el Tribunal Constitucional en dos ocasiones ha recurrido al Estatuto como fuente de interpretación del derecho penal nacional, perspectiva acorde con el principio de legalidad.

2. Pese a ello, a través del nuevo Código Procesal Penal de 2004 sólo se han aprobado los procedimientos de cooperación con la CPI. Sin embargo, hasta la fecha no se han concluido las reformas del derecho penal material, reforma que ha renunciado a la idea de un Código Penal Internacional o una ley especial o complementaria. En esa perspectiva, la Comisión Especial Revisora del Código Penal ha decidido realizar una tarea de implementación absoluta que pasa por incorporar los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el DIH como libro III del CP vigente, estableciendo reglas de parte general y el catálogo de delitos de genocidio, de lesa humanidad y contra el DIH. De este modo se persigue restringir al máximo la competencia complementaria de la CPI.

3. No existen resistencias jurídicas relevantes que expliquen la no culminación de esta tarea. Tampoco se evidencian obstáculos fácticos o políticos trascendentales que bloqueen el proceso de implementación. Más allá de posibles valoraciones (muy generales) como la falta de interés político o la no percepción de este proceso como una tarea urgente o primordial, puede entenderse que la Comisión ha convertido el debate del libro III en una tarea sumamente académica cuyo plazo de culminación no existe, lo que es negativo frente a la necesidad de proteger eficazmente los bienes jurídicos del derecho penal internacional.

4. El artículo VI del proyecto de la Comisión amplía la jurisdicción universal, de modo que la obligación de persecución puede derivar tanto de una norma internacional como nacional. Con ello se agudiza el problema de delimitación de la competencia de la CPI frente a la de los Estados, problema que debe enfrentarse conforme a los principios de complementariedad y de *ne bis in idem* que expresamente prevé el artículo VII del proyecto. Con ello se tiene que la ampliación de la jurisdicción universal conforme al artículo VI del proyecto, restringe la competencia complementaria de la CPI, con lo que el sentido otorgado a la expresión “Estado que tiene la jurisdicción”, en el contexto del artículo 17.1 del ECPI, corresponde a cualquier Estado competente para perseguir el hecho, aun en aplicación de las reglas de extraterritorialidad como la jurisdicción universal.